



Roj: **STS 1488/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1488**

Id Cendoj: **28079110012017100232**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **2721/2013**

Nº de Resolución: **244/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15191/2013,**
STS 1488/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 244/2017

Fecha de sentencia: 20/04/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2721/2013

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/03/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 18ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: CVS

Nota:

Resumen

Contrato de permuta financiera («clip hipotecario»). Deberes de información de la entidad de servicios de inversión. Error en el consentimiento. Reiteración de la jurisprudencia de la sala. Oferta del producto como protector del cliente cuando en realidad protegía al banco.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2721/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 244/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente



D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de abril de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D.^a Elisabeth y D. Ángel, representados por la procuradora D.^a Alicia Oliva Collar, bajo la dirección letrada de D. Juan Molins Otero, contra la sentencia dictada el 11 de octubre de 2013 por la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 474/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 769/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Madrid sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada **Bankinter** S.A., representada por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez y D.^a María Paz Barrera Vargas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de abril de 2011 se presentó demanda interpuesta por D.^a Elisabeth y D. Ángel contra la entidad **Bankinter** S.A. solicitando:

«Que... EN RECLAMACIÓN DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DENOMINADO "CLIP HIPOTECARIO OPTIMO 8.08" suscrito por la demandada con mis mandantes,... se dicte Sentencia decretando la nulidad del mencionado contrato CLIP y ordenado la retroacción de todas las operaciones relacionadas con el mismo y la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato cuya nulidad se interesa. Con expresa condena en costas a la demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º 769/2011 de juicio ordinario, y emplazada la demandada **Bankinter** S.A., esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 15 de marzo de 2013 con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Dña. Alicia Olivia Collar en nombre y representación de Dña. Elisabeth Y D. Ángel contra **BANKINTER** SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato firmado entre las partes de CLIP HIPOTECARIO OPTIMO 8.08 de 21 de octubre de 2008, debiendo proceder en su consecuencia las partes a la devolución de las mutuas prestaciones que se hayan devengado por razón de tales contratos; todo ello condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada **Bankinter** S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 474/2013 de la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 11 de octubre de 2013 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **BANKINTER** S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Sampere Meneses contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 55 de Madrid de fecha 15 de marzo de 2013 en autos de juicio ordinario n.º 769/11 DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y en su consecuencia desestimando la demanda en su día interpuesta por D. Ángel y D.^a Elisabeth DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS la citada demandada de los pedimentos en ella contenidos, con imposición a los demandantes de las costas causadas en la primera instancia y sin expreso pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido».

Por auto de 22 de octubre de 2013 se acordó no haber lugar a la aclaración de sentencia solicitada por la parte demandante-apelada.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional.



Al recurso extraordinario por infracción procesal se refería la alegación «Segunda» del escrito de interposición, a su vez subdividida en cinco apartados, en tres de los cuales (tercero, cuarto y quinto) se citan respectivamente como infringidos los siguientes preceptos:

« Artículos 209, 218 y 465.5 LEC relativos a los requisitos de la Sentencias, en especial las dictadas en grado de apelación, y a la necesidad de claridad, exhaustividad, congruencia, y motivación de las mismas».

« Artículo 217 LEC relativo a las normas sobre la carga de la prueba. Así como lo relativo a la existencia de un error en la apreciación de la prueba, de acuerdo con las reglas de la lógica y la razón, con infracción de lo dispuesto en los Arts.- 316 y 376 LEC».

« Artículo 216 LEC relativo al principio de justicia rogada y a la necesidad de que los Tribunales resuelvan los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la Ley disponga otra cosa en casos especiales».

Al recurso de casación se refería la alegación «Tercera» del mismo escrito, subdividida en cinco apartados que, con excepción del «Primero» (introdutorio), se corresponden con otros tantos motivos que se introducen con la formulación siguiente:

«Segundo. Infracción por parte de **BANKINTER** de la normativa aplicable a las entidades de financieras y de crédito y al propio contrato CLI».

«Tercero.- Infracción de lo dispuesto en la normativa de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por el carácter abusivo de las cláusulas del contrato».

«Cuarto.- Infracción de lo dispuesto en el Código Civil en materia de contratos y su interpretación. Más concretamente, alegamos la infracción de lo dispuesto en los Arts.- 1256, 1288 CC».

«Quinto.- Infracción de lo dispuesto en los Art.- 1261, 1262, 1265, 1266, 1269 y 1270 del Código Civil relativo al error en el consentimiento de mis mandantes».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, por auto de 30 de noviembre de 2016 se admitió el recurso de casación y se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición interesando se dictara auto declarando la inadmisión del recurso con fundamento «en las causas de inadmisión puestas de manifiesto en nuestro escrito de personación» o, en su caso, se dictara sentencia desestimándolo y confirmando íntegramente la sentencia recurrida, «todo ello con la condena en costas que proceda en términos legales».

SÉPTIMO.- Por providencia de 16 de marzo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 29, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error vicio del consentimiento, de un contrato de permuta de tipos de interés celebrado con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- En marzo de 2008 **Bankinter** S.A. (en adelante **Bankinter**) concedió a D.^a Elisabeth y a D. Ángel un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 300.000 euros para la adquisición de una vivienda.

2.- El 21 de octubre de 2008, y a sugerencia de dicha entidad financiera, las mismas partes suscribieron un contrato denominado «Clip Hipotecario Óptimo 8.08» asociado al citado préstamo, cuya finalidad era cubrir el riesgo de posibles subidas del tipo de interés (quedando por ello encuadrado en las permutas financieras de tipos de interés o **swap** de tipos de interés). Según la documentación contractual, su nominal era de 222.000 euros, la fecha de inicio el 2 de marzo de 2009 y la fecha de vencimiento el 1 de marzo de 2013.

3.- En ejecución del contrato, y como consecuencia de la bajada del euribor, a partir del mes de marzo de 2009 los citados señores Elisabeth y Ángel vieron notoriamente incrementado el coste de amortización mensual del préstamo hipotecario (sobrecoste de 458,11 euros en marzo, 519,85 euros en abril y 571,83 euros en mayo de 2009).



En el mes de mayo de 2009 los citados clientes comunicaron al banco su voluntad de desistir del contrato y de imputar los pagos o ingresos en efectivo que a partir de entonces realizasen en la cuenta asociada a la amortización del préstamo y no a la satisfacción del «clip». Al no atender el banco tales pretensiones los clientes procedieron a consignar judicialmente el importe mensual de las cuotas hipotecarias.

4.- El 14 de abril de 2011 demandaron a **Bankinter** solicitando la nulidad del referido contrato con recíproca restitución de prestaciones, incluyendo intereses, y la condena en costas de la parte demandada. En su fundamentación jurídica citaban la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), reformada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 CC sobre el error en el consentimiento.

5.- **Bankinter** se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado.

6.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda con imposición de costas a la entidad demandada. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la información no se ajustó a las exigencias de la normativa aplicable (principalmente, LMV según redacción dada por la reforma de 2007 y RD 217/2008), pues la facilitada por escrito se limitó al contenido del propio contrato y a un folleto informativo, y predominó la ofrecida por vía telefónica, firmándose el contrato en una sucursal distinta y ante un empleado del banco que no había sido el que había ofertado el producto; (ii) dicha información escrita fue insuficiente porque, en cuanto al riesgo de eventuales liquidaciones negativas por la bajada del euríbor, solo se decía que en la fecha de liquidación se efectuaría un cargo o un abono en función del resultado neto que derivase de la aplicación del «clip» hipotecario pactado en cada momento de vigencia del contrato, y en cuanto al coste de cancelación solo se decía que el cliente podía cancelar el producto, siendo el coste el que se determinase por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación; (iii) las consecuencias del incumplimiento de tales deberes de información en cuanto a la apreciación de error en el consentimiento no encuentran paliativo en la existencia de una estipulación contractual según la cual el cliente declaraba conocer las características del producto y el riesgo inherente a su contratación, pues se trataba de una cláusula introducida por la entidad bancaria, que frente a un cliente no experto financiero era la que debía probar que dicha declaración realmente se correspondía con una información extensa y detallada sobre los extremos que el cliente decía conocer; y (iv) la consecuencia del error debía ser la nulidad del contrato y la recíproca restitución de prestaciones, incluyendo sus intereses, sin que la aceptación inicial de liquidaciones positivas tuviera la consideración de acto propio que supusiera un reconocimiento de su validez.

7.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de la entidad financiera demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin imponer las costas de la segunda instancia pero con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la prueba (documento contractual y ficha informativa del producto, aportados con la demanda, y testifical) no permite concluir que la información fuera insuficiente sino que, por el contrario, ha de tenerse por probado que se informó verbalmente a los demandantes de los términos contractuales tanto en cuanto al funcionamiento de la permuta como en cuanto a las condiciones de cancelación, a lo que se une que el producto no era objetivamente perjudicial dado que les permitía asegurar el interés que debían satisfacer por el préstamo hipotecario; (ii) en concreto, el cliente fue suficientemente informado del riesgo que asumía en caso de bajada del euríbor, pues por la estipulación primera del contrato sabía que este producía el efecto económico de intercambiar, sobre el nominal contratado, un tipo de interés variable por una estructura de pagos previamente fijada, y por la ficha explicativa supo también que si subía el euríbor se beneficiaba y que, por el contrario, si bajaba, terminaría pagando una cuota hipotecaria mayor que la que correspondería si no existiera el **swap**; (iii) no se trata de un caso de dolo, que, a diferencia del error, existiría de haberse probado que el banco les indujo a contratar ocultando que ya sabía que el euríbor iba a bajar; (iv) la conducta del banco demandado, no atendiendo las solicitudes de desistimiento o de cancelación anticipada, no pueden constituirse en fundamento de la acción de nulidad por error vicio cuando ni siquiera subsidiariamente se pidió la resolución por incumplimiento contractual o el cumplimiento del contrato incluyendo las consecuencias de esa cancelación anticipada; y (v) además, el ejercicio extrajudicial del derecho a desistir o a cancelar anticipadamente el contrato se considera «un acto propio convalidatorio del tal contrato».

8.- La parte demandante-apelada interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, pero solamente se ha admitido el de casación.

SEGUNDO.- Aunque el recurso se compone de cuatro motivos, todos ellos se encuentran estrechamente relacionados, especialmente los que se corresponden con los subapartados «Segundo» y «Quinto» de la alegación «Tercera», ya que se sustentan fundamentalmente en la idea de que el banco demandado incurrió en un déficit informativo que determinó en la parte recurrente la prestación de un consentimiento viciado por error.



Aunque en el encabezamiento del motivo primero (que se corresponde con el subapartado «Segundo» de la alegación «Tercera») se alude sin mayor precisión a «la infracción por parte de **Bankinter** de la normativa aplicable a las entidades financieras y de crédito y al propio contrato Clip», en su desarrollo se invocan expresamente la Directiva 2004/39/CE, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la LMV, modificada por Ley 47/2007, el RD 629/1993, de 3 mayo, el RD 217/2008, de 15 de febrero, y la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, como normativa que, en su conjunto, contiene los deberes de información de las entidades financieras en la contratación de este tipo de productos financieros complejos por parte de clientes minoristas no expertos, como eran los recurrentes. Al respecto se alega, en síntesis, que la iniciativa para contratar el producto partió del banco, que se trata de un producto financiero complejo cuya comprensión exigía un elevado nivel técnico o la posesión de previa experiencia en la contratación de estos productos, que por ello incumbía al banco informar de forma clara y suficiente sobre los riesgos propios del contrato en los términos de los arts. 79 LMV y 5 RD 217/2008 (vigentes en la fecha de celebración del contrato litigioso), que sin embargo el banco no probó que informara de forma clara y comprensible sobre dichos riesgos, pues los dos empleados que declararon en juicio solo reconocieron o bien no haber hablado nunca con los recurrentes (la directora) o bien haberlo hecho tan solo por teléfono, sin explicarles los detalles del «clip», ni sus efectos ni sus riesgos, que la publicidad iba destinada a dar al producto la apariencia de un seguro, ocultando la posibilidad de pérdidas elevadas para el cliente, que no se hizo el exigible test de idoneidad y, en fin, que tampoco se informó del concreto coste de cancelación anticipada del contrato, cuando además, por parte del banco, se podía optar por el vencimiento anticipado de mismo sin ningún coste para dicha entidad.

El motivo segundo (enunciado como subapartado «Tercero» de la alegación «Tercera») se funda en infracción del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y en infracción de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en ambos casos, «por el carácter abusivo de las cláusulas del contrato». En su desarrollo se alega, en síntesis, que el contrato «clip» litigioso contiene condiciones generales impuestas por el banco al cliente-consumidor- adherente, algunas de las cuales (especialmente las relativas al desistimiento o cancelación anticipada) son abusivas por causar un desequilibrio contractual en favor de aquel, pues mientras el banco podía desistir sin coste si las circunstancias variaban, en cambio no podía hacer lo mismo el cliente, dado que a los recurrentes no se les informó de las circunstancias en que procedía la cancelación anticipada ni de cuál sería el coste que deberían asumir, debiéndose controlar de oficio su nulidad.

El motivo tercero (enunciado como subapartado «Cuarto», dentro de la alegación «Tercera») se funda en infracción de los arts. 1256 y 1288 CC. En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que el contrato solo era beneficioso para una de las partes, toda vez que **Bankinter** podía desistir si las condiciones variaban en su perjuicio («cláusula 1ª, último párrafo») pero la otra parte contractual no podía hacer lo mismo, sin que contra esta última pueda operar la oscuridad o falta de claridad de las estipulaciones.

El motivo cuarto (enunciado como subapartado «Quinto», dentro de la alegación «Tercera») se funda en infracción de los arts. 1261, 1262, 1265, 1266, 1269 y 1270 CC, relativos al error en el consentimiento. En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que los hechos probados demuestran que los recurrentes no tenían ningún tipo de formación ni experiencia en la contratación de este tipo de productos complejos, que no habían contratado antes ningún «clip» o similar, que la iniciativa partió del banco, que el producto se ofreció como un seguro, que el banco se dio mucha prisa y nadie de la entidad se preocupó de informarles detalladamente sobre los riesgos, ni verbalmente ni por escrito (con gráficas o simulaciones sobre las concretas consecuencias positivas y negativas en los distintos escenarios), que no se les informó tampoco de las causas que podían permitir a **Bankinter** desistir ni del coste que tendría si fueran ellos los que pretendieran la cancelación anticipada del contrato, que solo tuvieron físicamente una copia del documento contractual el mismo día de la firma y, en fin, que el hecho de que la Sra. Elisabeth reconociera no haber leído el contrato cuando el mismo fue remitido desde la sucursal de Madrid a la de Collado Villalba, donde residían, ni excusaba el incumplimiento del banco de sus deberes de información ni le eximían de sus consecuencias, pues precisamente lo que denota es que el empleado de la segunda sucursal ni tan siquiera se preocupó de que los firmantes conocieran el producto que estaban suscribiendo.

En su escrito de oposición la parte recurrida ha interesado la desestimación del recurso tanto por razones de inadmisibilidad como por razones de fondo. Como causas de inadmisión se ha remitido expresamente a las que puso de manifiesto en su escrito de personación, si bien del examen de las actuaciones resulta que nada dijo al respecto, ni al personarse (véase escrito de 20 de enero de 2014) ni en el trámite de alegaciones a la providencia por la que se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión (según diligencia de ordenación de 5 de octubre de 2016, únicamente la parte recurrente hizo alegaciones). En cuanto al fondo, comenzando por los motivos primero y cuarto (como se dijo, «Segundo» y «Quinto» en el escrito de



interposición) sobre el error en el consentimiento por la vulneración de los deberes de información, opone que las distintas respuestas judiciales se deben a las concretas circunstancias de cada caso, sin que los recurrentes hayan justificado que en este concurren las mismas que en otros casos en los que sí se apreció el error; que según la actual jurisprudencia, en los contratos bancarios no siempre la falta de información supone *per se* un error vicio, tratándose únicamente de una presunción *iuris tantum*; que la parte recurrente hace supuesto de la cuestión al no respetar lo declarado por la Audiencia Provincial acerca de que **Bankinter** cumplió con sus obligaciones de información (que el contrato contenía información suficientemente clara sobre el tipo de producto, sus características y riesgos, y que además hubo información precontractual consistente en la entrega de una ficha explicativa); que en todo caso el error no sería excusable, dado que pudo evitarse con la lectura del documento contractual; que el error sobre las circunstancias económicas esperadas al contratar, es decir las concretas percepciones o representaciones subjetivas que llevaron a los recurrentes a contratar, no invalidan el consentimiento; y en fin, en cuanto a la cancelación anticipada, que la facultad de cancelación anticipada carece de esencialidad (pues según la sentencia 358/2016, de 1 de junio, solo «en alguna ocasión» puede tener incidencia en la nulidad del contrato) y que es habitual en todos los productos derivados como los *swaps* que la cancelación anticipada conlleve un pago final cuyo importe dependerá del valor del contrato en el mercado, por lo que también es práctica común que no se concrete ese coste y que en el contrato solo se haga referencia a las condiciones de mercado, como fue el caso. Seguidamente se opone a los restantes motivos y así, en cuanto a la infracción de la normativa de consumidores (motivo segundo, que se corresponde con el subapartado «Tercero»), alega que la pretensión de que se declaren abusivas ciertas cláusulas, como la de cancelación anticipada, es una cuestión nueva, que la ley permitía a **Bankinter** la revocación de la oferta antes de la firma y que, en todo caso, el principio de conservación de los contratos impide que la nulidad de unas concretas cláusulas se extienda a todo el negocio jurídico; y en cuanto a la infracción de las normas sobre la interpretación de los contratos (motivo tercero, correspondiente al subapartado «Cuarto» del escrito de interposición), alega que esta labor incumbe al tribunal de instancia, sin que pueda revisarse en casación salvo que se demuestre que la realizada por el tribunal sentenciador fue manifiestamente errónea, ilógica, absurda o arbitraria.

TERCERO.- Esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto en la contratación de *swaps* de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.

En casos como el presente, en que resultaba de aplicación la legislación posterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre las más recientes, sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, 689/2016, de 23 de noviembre, 690/2016, de 23 de noviembre, 727/2016, de 19 de diciembre, 2/2017, de 10 de enero, y 10/2017, de 13 de enero), la citada jurisprudencia viene declarando la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el mismo haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente, en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo referente a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como en lo referente a un también elevado coste de cancelación.

Además, como declara la sentencia 676/2016, de 16 de noviembre, «en relación con contratos de permuta financiera con la denominación «Clip **Bankinter**», muy similares al contrato objeto de este procedimiento, se ha pronunciado esta sala en las sentencias 547/2015, de 20 de octubre; 559/2015, de 27 de octubre; 560/2015, de 28 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 631/2015, de 26 de noviembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 25/2016, de 4 de febrero; 26/2016, de 4 de febrero; 358/2016, de 1 de junio; 491/2016, de 14 de julio; y 509/2016, de 20 de julio».

En lo que aquí interesa, conviene destacar lo siguiente:

1. Sobre cuáles son las obligaciones de información de las entidades financieras en contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, como es el caso, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, ha reiterado:

«1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, (en adelante LMV), tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa MiFID (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.



»2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

»Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

2. Sobre la incidencia que tiene el incumplimiento de las referidas obligaciones de información en la apreciación del error vicio, la misma sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, recuerda:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

«Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que...un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos **swap**, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 491/2015, de 15 de septiembre; 384/2014, de 7 de julio; 385/2014, de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; y 595/2016, de 5 de octubre).

[...]

»la entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

»A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente que excluya la excusabilidad del error:



«Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de **swap**, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés».

En esta misma línea insiste la más reciente sentencia 2/2017, de 10 de enero en los siguientes términos:

«En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos».

Igualmente la sentencia 11/2017, de 13 de enero, además de insistir en que la simple lectura de las cláusulas del contrato no es suficiente para que el cliente tenga información adecuada, por la mera existencia de menciones predisuestas por las que el cliente declara conocer y aceptar los riesgos, ha reiterado:

«La existencia de menciones predisuestas en los contratos conforme a las cuales cada parte tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional), y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, que se adecuaban a su experiencia inversora y financiera, y que su decisión no estaba basada en ninguna recomendación ni asesoramiento financiero o de inversión por parte de Banesto, carece de trascendencia. Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 699/2016, de 24 de noviembre, y muchas más que han mediado entre una y otra.

»La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial,



clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del **swap**»

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta una mera ilustración sobre lo obvio (que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial), sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos para poder excluir el error o su excusabilidad:

«Tampoco es determinante, a estos efectos, que el administrador de la recurrente fuera licenciado en ciencias empresariales. Como dijimos en la sentencia núm. 60/2016, de 12 de febrero: "No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés"».

CUARTO.- Conforme a dicha doctrina jurisprudencial, y dada la semejanza sustancial que presenta este recurso con los resueltos por las sentencias a las que se ha hecho referencia, procede su estimación, especialmente de su motivo primero en relación con el cuarto, por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a los propios hechos probados, no cabe apreciar que la entidad financiera demandada cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso y que en concreto la obligaba a realizar los oportunos test de idoneidad y conveniencia (cuya realización no costa) y a proporcionar al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto, sobre los concretos riesgos que le podía comportar su contratación, especialmente en el caso de que se materializara el riesgo de bajada sostenida y abrupta del euribor, y sobre cuál era el coste de cancelación anticipada. Esta información no se reduce a una mera ilustración sobre lo obvio, sino que comporta una obligación activa para la entidad financiera que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual, y su omisión permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, y consiguientemente, la existencia de un error excusable, como esta sala viene declarando desde su sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014.

2.ª) No es conforme a la reseñada doctrina jurisprudencial que la sentencia recurrida encuentre en la suficiencia del contenido contractual y en el dato de que el contrato no fue leído por los clientes razones bastantes para excluir la existencia de un error excusable.

Así, en cuanto al riesgo de una posible bajada del euribor, la sentencia recurrida descarta que hubiera déficit informativo tomando en consideración que los recurrentes fueron informados tanto verbalmente como por escrito (a través de la ficha informativa y del propio clausulado del contrato) acerca de la doble posibilidad de obtener liquidaciones tanto positivas como negativas porque se les indicó que el producto contratado era un derivado financiero cuya finalidad era «que el cliente obtuviera el efecto económico de reducción del riesgo de la variación de tipos de interés», es decir, que el interés variable del préstamo hipotecario suscrito con anterioridad fuera siempre el mismo o parecido, sin verse perjudicado en caso de subidas del euribor. En particular, la sentencia impugnada considera que la estipulación primera del contrato litigioso dejaba claro que el contrato producía «el efecto económico de intercambiar, sobre el nominal contratado, un tipo de interés variable por una estructura de pagos previamente fijada»; que el cliente, al suscribirlo, reconoció expresamente la posibilidad de que del mismo derivaran «apuntes negativos» y que en este mismo sentido se manifestaba la ficha explicativa del producto mediante un esquema en el que constaba con claridad qué pagaba y qué recibía el cliente.

En cuanto al coste de cancelación, la sentencia recurrida entiende que la información de la entidad bancaria también fue suficientemente clara «en cuanto a las condiciones de cancelación», aunque la sentencia de primera instancia declaró probado a este respecto que en el folleto explicativo solo constaba que el cliente



podía solicitar la cancelación en cualquier momento durante la vigencia del contrato abonando el precio de cancelación «acorde con la situación del mercado en cada momento».

Tales argumentos no se compadecen con la doctrina de esta sala a la que se ha hecho referencia, pues lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo, con la consecuencia de que los deberes de información que competen a la entidad financiera en cuanto a los concretos riesgos del producto no quedan satisfechos por unos avisos genéricos sobre los riesgos en los folletos precontractuales ni con la mera ilustración sobre lo obvio que en este caso se contenía en los documentos contractuales (esto es, que el resultado podía ser positivo o negativo, que el cliente podía cobrar o pagar en función de la fluctuación del tipo de interés variable). La realidad es que la mayor parte de la información se ofreció por teléfono y por parte de un empleado de una sucursal distinta de aquella en la que se firmó el contrato, sin que en el momento de la firma se apercibiera con claridad a los clientes de los concretos riesgos que asumían, más allá de la entrega de la documentación y del contenido de la misma. Así, no consta que por el banco se advirtiera al cliente del concreto alcance, de la traducción económica que para su patrimonio conllevaba la materialización del riesgo asociado a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, con referencia a previsiones futuras, que eran las que podían concretar el riesgo que el cliente asumía al suscribir la operación, siendo doctrina pacífica que el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, de que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional. Como se ha dicho en otras ocasiones por esta sala respecto de contratos «clip» de la misma entidad financiera, no se trata de que **Bankinter** pudiera adivinar la evolución futura del índice de referencia, sino de que ofreciera al cliente una información precisa, suficiente y comprensible, con suficiente antelación, de las posibles consecuencias de la fluctuación de tal índice al alza o a la baja y de los costes de la cancelación anticipada. En este último sentido, tampoco se ofreció una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada, tratándose como se trataba de un elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante, pues la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente.

3.ª) A las razones anteriores se une que el contrato litigioso se ofrecía para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés en beneficio del cliente, especificando en su expositivo II «que las partes están interesadas en la contratación de un derivado financiero por el que el CLIENTE obtenga el efecto económico de reducción del riesgo de variación de su tipo de interés...», cuando en realidad el verdadero efecto del contrato era proteger al banco contra la bajada de los tipos de interés, con la facultad añadida, sin reciprocidad para el cliente, de desistir del contrato a su conveniencia.

4.ª) En suma, el contenido del contrato, lejos de ofrecer una información adecuada, inducía a error al cliente ya desde un principio, no solo al presentarle el contrato como una protección frente a la subida de los tipos de interés del préstamo hipotecario sino también al no explicarse mínimamente por qué, si lo pretendido en verdad era una estabilidad del tipo de interés, no se contrató el préstamo a un tipo fijo en vez de a un tipo variable.

QUINTO.- Dado que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, sin necesidad de examinar los restantes motivos procede estimar los motivos primero y cuarto, y por tanto el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada, confirmar la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse al art. 394.1 LEC.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

De conformidad con el art. 398.1 en relación con el art. 394, ambos de la LEC, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada- apelante, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por los demandantes D.ª Elisabeth y D. Ángel contra la sentencia dictada el 11 de octubre de 2013 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 474/2013.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada **Bankinter** S.A., confirmar íntegramente la sentencia dictada el 15 de marzo de 2013 por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Madrid en las actuaciones de juicio ordinario n.º 769/2011.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la demandada-apelante **Bankinter** S.A. las de segunda instancia.

5.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ